

历史法学

第一卷

Historical Jurisprudence

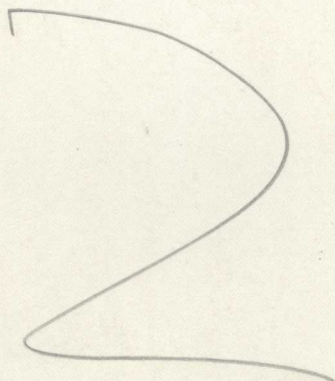
民族主义与国家建构

许章润 主编

Edited by Xu Zhang-run

编者有感于。旧邦新命。依然是当下中国的主要问题，而就如青年马克思所言，问题是时代的格言，遂着意于《历史法学》的刊行，将长期积蓄的心事落实为编事，以法意演绎史义，藉史义揭示法意，而法意与史义者，人生与人心也。

其基本命意在于，上接历史法学理路，由阐扬其思绪而践履其理念，通过省察民族国家法律生活的历史理性，揭示中国文明规范体系的比较文化意义，从而求裨于中国当下的艰难历史转型；下启汉语文明法律智慧的思想空间，以渐成汉语法学，为中国人世生活提炼和展现规范世界的意义之维。



國語教學

中華民國三十一年一月

國語教學與國語教育

王雲五

國語教學與國語教育	1
國語教學的意義	2
國語教學的對象	3
國語教學的方針	4
國語教學的課程	5
國語教學的教材	6
國語教學的教學法	7
國語教學的教學環境	8
國語教學的教學效果	9



D909.1-53/2

:1

2008

民族主义与国家建构

许章润 主编

历史法学 第一卷

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

历史法学·第一卷/许章润主编. —北京:法律出版社,
2008.6

ISBN 978-7-5036-8411-1

I. 历… II. 许… III. 历史法学派—文集 IV. D909.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第066052号

历史法学(第一卷)

许章润 主编

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

印张 20 字数 269 千

版本 2008年6月第1版

印次 2008年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8411-1

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主编者言

19 世纪初,历史法学勃兴于德国。1814 年,萨维尼创办《历史法学》杂志,自此标领一种新的法学范式,赋予法律以时空之维与文化个性,开启了西方法学的新纪元。百年生聚,历史法学蔚为法学主流,恰好配合了正在成长中的民族国家的自我政治期待。但究其源头,则先此一百多年,弥漫于整个欧洲大陆,日渐觉醒的文化、历史意识,正为其嚆矢。其势渐茁,扩及于人类的规范世界,激发了以对于罗马法的阐释为标志的法律的人文主义自觉。君不见,16 世纪以还,西方法学倚恃历史与理性二柄,无论是维科的《新科学》追寻“普世之法”(Diritto universale)的基本原理,还是其后孟德斯鸠氏《论法的精神》竭言经由历史观察法律,当其时,人文主义启蒙理念和浪漫派文化历史观,杲杲如阳,笼罩整个学思,将基督教的一统天下,撕裂为特定地域的法律空间。其间牵扯的,实为一种宏大的

文化过程,德国学人爬梳剔抉于焉,用功尤勤,将古代法律形式与现代
社会现实两相缀合,允为对于罗马法的“继受”。于是,历史法学出,势
如中天矣。

其实,对于法律的历史性的关注,并非始自近代。毕竟,法律是人
世生活的规范,因应特定时空,善予自我调适,早已成为传统的有机组
成部分。而人世生活非他,恰恰起居于特定传统之中。放宽视界,人类
早于枢纽时代便已获得了关于自身作为一种普遍存在的自我意识,由
此明白了尘世生活的条件及其与超越本体的关联,在天命和心灵的分
合之际,历史开始了。自兹人类生活在历史之中,历史性成为人性。晚
近以还,民族国家伴随着文化自觉登场,构成了人间秩序中的基本文
化、政治和法律单元,更是赋予传统以道德含义。法律承载着文化指
令、政治托付和道德期待,将此传统编织为民族生活的规范之维,反转
迫使民族国家成为一种法律共同体,从而,法律即历史,历史即人性。
换言之,人间秩序的规范性向度,其中即包括法律之维,遂成为人性的
要素之一,现代人性的重要内涵。所谓天命自在人心,法意亦即人情,
原是天道自然。就此而言,历史法学对于法律的历史之维的关注,其实
是对于人性的挂念,归根结底,是将人世生活重予人文主义界定,旨在
重申这样一种朴素而伟大的理念:一切法权安排始终以并且只能以涵
养人性、呵护人生作为唯一终极目的。这是法律的世俗功用,也是历史
本身的超越目的,更是对于包括法权体系在内的一切人间权力的绝对
命令。

由此,历史法学指向的不是学科建制意义上的法律史或者法律思
想史研究,而是在此基础上的一种关于法律的政治使命与道德秉性的
历史思考,一种透过特定时空维度,以法律为样本,观察人世生活因果
关系的法律哲学,基于人曾经是什么而探究可能与应当具有何种惬意
的人世生活的政治正义。如果说法学这一特定的人类精神体系将法律
当作对象并试图引导其进程,因而,法律的历史性归根到底展现的是人
类借助规则安排人世生活的精神现象,法学历史主义成为理解法律、解

释人间秩序的一种知识进路,一种思想姿态,那么,所谓的“法律精神”不过是借助法学这一思想形式而展现的特定时代精神,与具体文明类型的时代意义,也可以说就是一种所谓的“民族精神”。就此而言,法学历史主义乃是在思想中把握的时代,在思想中再现的时代的法律生活,所谓的历史法学实即关于法律的过往意义特征的一种解释性叙事,一种关于法律及其内在的精神过程的历史认识,从而本身即为一种历史理性,也是一种逻辑理性,同时并为一种价值理性。这既是历史法学派曾经提示的法学的入道意义,更是有关历史法学的当下托付,而构成汉语文明关于历史法学的可能性意义空间,一种关于人世生活的批判的想像力。

如果说信仰是人类的心灵家园,是对于人世生活的心灵庇护,也是个体的精神自由,那么,历史便是民族的精神本体,同样是民族的精神家园,一切世俗的权力均不得干预和垄断,也无法垄断。就中国的情境而言,中国人的宗教感与归依处实在于世道人心,钱穆先生说世道人心即为中国人的宗教,也就是中国人的精神家园和对于中国人的心灵庇护。而世道人心非他,一种见证于当下人世生活的常态、常规与常例,一种流淌于历史之中的人类的基本情感与理性精神,其中,尤其是对于人事和人世的温情与敬意。正是在此,历史与信仰合流。因而,对于历史的体认一如对于信仰的选择,是个体精神自由本身,世俗的权力不得干预心灵,也同样无法垄断历史,因为当下生活即为历史,历史总是心灵史,也总是现代史。所以,秉此世道人心,历史法学便同时承载着历史理性与道德理性,蔚为一种理性的批判力量,本质上担载着抗击强权与暴政的入道意义,而为人类的基本情感、尊严与理性精神发声。

西元2007年,孔诞两千五百五十八年春,编者有感于“旧邦新命”依然是当下中国的主要问题,而就如青年马克思所言,问题是时代的格言,遂着意于《历史法学》的刊行,将长期积蓄的心事落实为编事,以法意演绎史义,藉史义揭示法意,而法意与史义者,人生与人心也。其基本命意在于,上接历史法学理路,由阐扬其思绪而践履其理念,通过省

察民族国家法律生活的历史理性,揭示中国文明规范体系的比较文化意义,从而求禱于中国当下的艰难历史转型;下启汉语文明法律智慧的想像空间,以渐成汉语法学,为中国人世生活提炼和展现规范世界的意义之维。历史法学派曾经伴随着文化自觉与民族国家意识的成长而成长,并在民族国家成型之际,悄然退场,演绎了百年风华的一阙绝唱。今日中国恰逢民族国家渐成型制,整个国族逐步蜕形为法律共同体,汉语文明历经磨劫、贞下起元的历史关口,以对于法律的历史理性的揭示为己任的历史法学,逢复兴之机,获用武之地。

前述主要问题,即通常所谓的“中国问题”,略分为二端。一方面,在经济发展与社会进步的基础上,将中国社会整合成为政经、法律与文化共同体,完成民族国家建构任务,争求中华文明的伟大复兴;另一方面,以宪政体制提供政治正义,保障个人自由与社会公正,使中华民族蔚为成熟的政治国族,进拓全球正义与人类的永久和平。凡此二端,牵缠于民族主义与自由主义,辗转于公民理想和民族理想,叙说着古老文明的光荣与梦想,而构成百年中国的时代主题,也是近代世界文明转型中前无古人的伟大实践。历史法学致力于民族国家的法律哲学建构,综理法制的比较文化意义,提示人间秩序的政治哲学思考,因而,于此两端,恰恰均有所涉猎,也均有可能提供一定的解释。其复兴机运在此,其用武之地亦在此。

由此,它不是别的,将是中国人以中国社会与历史为背景,以中国的法制实践为样本,在比较文化的视野中,所提示和展现的一种经由法律来营造人世生活的法律智慧,一种关于人世规则和人间秩序的中国文明的理解与贡献,而堪为真正中国的法学和法意,其将中国人生与人心赋予法意表达之际,构成现代中国文明的有机组成部分。现代中国文明作为一种社会组织方式和人世生活方式,是中国人的生存之道。在关怀全体人类的博爱情怀、天下一家的至大胸襟滋润下,作为一种关于人间秩序的人道主义文本,此种法律智慧以对于此一生存之道的阐释而进益于人类生存之道,从而,它必将如沛然春水滋润大地一般,以

地方性实践,为人类文明拓展一方藉由法律安排人世生活的普遍意义空间。

此为编者心意,也是本刊宗旨,愿与全体汉语文明法律从业者共勉共励者也。

许章润
2007 年秋于清华大学

目 录

主题笔谈 历史法学:中国与世界

- 历史法学与立法 马汉宝 3
- 历史向度的丧失是现代法律危机的原因 [美]哈罗德·伯尔曼(Harold J. Berman) 5
- 在现代化浪潮下之法律继受过程中,
如何面对固有的传统法制问题
——以南京时期国民政府之法典及沿用该法典之台湾地区为例 黄静嘉 8
- 从“中国法学往何处去”到“历史法学” 陈弘毅 13
- 东亚与历史法学 [韩]崔钟库 17

主题论文 国家建构:法律与政治

- 论现代民族国家是一个法律共同体 许章润 25
- 论政治社会
——关于中国现代社会的一种政治经济学考察 高全喜 49
- 民族国家与法律政策
——论普法的语境、困境与意蕴 翟志勇 116
- 传统思想、价值重建与法的合法性 张 骐 149

思想·人物

骑士的信仰

- 奥尔特加·加塞特的国家与宪政理论 孙雅婷 163

译文·资料

- 论《历史法学杂志》的目标 [德]F. K. Von 萨维尼 著/朱 虎 译 197
论统一民法对于德意志的必要性 [德]安东·F. 蒂堡 著/朱 虎 译 208
谁应成为宪法的守护者? [奥]汉斯·凯尔森 著/张 龔 译 241

读书·评论

全球治理视阈中的国家构建

- 法兰西斯·福山近作《强国论》评析 陈 伟 293

权威与规范之间

- 读《先秦政法理论》 王进文 301

主题笔谈
历史法学:中国与世界

编者按:本辑“主题笔谈”刊发的六篇文章,从不同角度揭示法律的历史性,畅述人世生活的传统与变革的法律之维。无论是对于历史法学生命历程的知识论反思,援引法律移植和社会变迁以申说民族主义和自由主义的利弊得失,还是分析中国文化本位的汉语法学与以东亚文化时空为言说主体的法学构想,抑或对于现代法制历史维度丧失的忧思,均以法制为积累的结果与生活方式的表达这一事实为基础,而致力于营建合乎人世的理想。作者国族有别,代际递次,学统迥然,因而,其言其说,其思其虑,在形成复性视域的同时,更平添了思想多元的生趣,恰恰印证了历史法学关于人间秩序应当多元自主、各美其美、美美与共的浩然宗旨。

历史法学与立法

马汉宝*

历史法学作为西方法学派别之一,兴起于19世纪之德国。依此学派代表萨维尼之见,法律是民族生活之产物,是民族精神(Volksgeist)之表现。法律有如语言,与民族同其发展,随民族而异其内容。换言之,一民族之法律须从该民族之历史中求之,因此极端注重传统与习惯而轻视立法或法律之创制。以下即拟本此观点,试述历史法学与立法之关系。

按前一世纪——18世纪——盛行于西方世界之自然法思想,尊崇个人之理性,相信依人之理性即可建立具体而详备之法律体系。此种思想主要之一项成果即是《法国民法典》或《拿破仑法典》(Code Napoleon)之创制。除旧立新,声威及影响浩

* 台湾大学法学院教授。

大。从法律思想史上言,历史法学可说是对此一情势之强烈反抗。其实,历史法学之主张原系针对德国之法制而提出,此可从萨维尼与德国立法运动倡导者蒂堡(Anton Thibaut)之争论得知,而历史法学所引起之阻力与德国民法典迟至19世纪末期始制定公布,即不能脱其关系。不过,自主权民族国家相继建立后,既受法国民法之影响,复因实证主义法学应运壮大,强调国家制定之规则始为法律,立法在各国成为普遍趋势。且有不少国家立法时大量继受外国之制度,如日本之承袭德国民法典,土耳其之承袭瑞士法典均是。历史法学理论就贬抑立法一点,显难贯彻。虽说如此,以历史研究作为探讨法律问题之方式,却可用于任何国家及其制度,而实际上亦影响不少国家之法学与法律实务。换言之,历史法学足以促动以科学方法研究任何法律制度之历史渊源与发展,而有助于认识该制度之性质与功能。更值得重视者,藉此种研究亦可得知传统与习惯对一国法律制度之建立及改革可能具有之价值与贡献。以下,则拟参据历史法学及有关法学之理论,试述近代中国法制变革之经验。

中国历史悠久,传统文化丰富而具特色,其中法律思想与制度尤其是法典为重要一环。清末以迄20世纪30年代,法律制度之革新,外在原因多于实际需要,不得不捐弃一切传统而全盘采用西方国家之成规。其后数十年间,事实证明此种来自西方工业化、都市化社会之法制并未在农业为本之中国社会普遍实施,或说并未实际规范一般人民之生活。主要是因为传统观念与行为方式仍存在而牢不可破。直到20世纪50年代以后,在台湾地区之社会因致力于工业化与都市化之结果,人民生活需要与利益随之改变,始日渐适应上述曾在大陆施行而在台湾地区继续发展之西方化或现代化法律制度。同一时期,中国大陆社会历经巨变后,开始重建法律制度,晚近几年更积极从事立法之规划。其基本立场与法律之具体内容,自均值得深思熟虑。

历史向度的丧失是现代法律危机的原因*

[美]哈罗德·伯尔曼(Harold J. Berman)**

传统西方有高级法的信念,政治权力机构制订的法律必须服膺高级法,否则不具效力。这一信念事实上直至20世纪以前仍然流传,盛行了多个世纪。之所以有这种信念,主要是因为人们普遍相信上帝是高级法的终极创造者。但另一个事实却是:这一信念大都已为另一信念所取代,这种新信念就如贵刊的提问所说的:法律仅仅是由国家立法、行政和司法机关颁布的成文法、规章和决议构成的“技术组合”。高级法是铭写在人们心中并体现于十诫,对它的否定是西方法律传统危机的一环。西

* 本文是1999年伯尔曼教授接受《二十一世纪》的采访录。经伯尔曼教授同意,节录其中的部分内容,作为主题笔谈刊发,特此致谢。

** 美国埃默里大学(Emory University)。

方法律传统危机是一种信心危机——人们不再相信法律是源远流长的古老遗产的组成部分,这里说的遗产关系到历代不断损益的宗教和哲学信仰系统及政治体制。

要克服这种危机,并使人们再次信仰铭写於人们心中的法律——即“实证”法必须遵从以取得效力的“自然”法,并非像罗尔斯所想的那样只求诸理性,而必须也求诸世界上所有伟大宗教和许多人本主义者共同信奉的精神价值。这样的精神价值已隐含在传统的西方法律概念中,并体现在美国宪法的自然法条款之上,如“正当的法律程序”和“法律的平等保护”。

罗尔斯提出根据理性协商和集体利益达致道德共识,以此共识为基础建立正义。他的理性法学忽略了一个因素——历史因素,这些历史因素包括团体忠诚和社会热情。与不同文化人群交往的人,他们在形成中的世界法传统里,为秩序和正义的法律价值所赖以据的精神价值赋予新的跨文化意义。现今越来越多人昧於西方法律传统中的宗教基础,我相信,随着世界各国的法律制度互相交流,也随着我们越来越需要对不同的信仰系统及它们背后迥异的传统作比较,这问题可以在 21 世纪得以解决。

西方法律传统危机主要是一个精神危机,即法律的认同感和目标的失落,以及它的历史性质(它的过去和未来)的丧失。法国大革命的三个口号:自由、平等、博爱,已沦为个人主义、理性主义和民族主义。在法律理论中,这三种“主义”关系到所谓的实证主义,根据实证主义的观点,法律是国家制订并由国家执行制裁的一套规则。大部分法律学者(或许以及大多数民众)都舍弃了自然法论,此理论将法律视为人类理性和良知的产物,一切法律的阐释和应用,都必须以它们的道德目标为依归。除了自然法论外,遭到舍弃的还有法律的历史论,它认为法律是人的精神和自古至今不断发展的文化的产物,法律必须服膺这些精神和文化。因此,20 世纪之前仍和政治理论相辅相成的法律道德和历史理论,如今不是沦为政治理论的附庸就是被弃如敝屣。

当然,这不但是西方法律传统的危机,也是整个西方文化的危机。